

POR DON PEDRO FERNANDEZ DE VLLOA

vezino de la ciudad de Iaen.

CON

DON RODRIGO DE

Oualle y Mendoza, vezino de la ciudad de Ronda.

Sobre los cortijos de Guadahortuna, y cãpo de Montegicar; q̃ eſtà viſto por ſu S. el ſeñor Preſidẽte, y ſeñores dõ Iuan de Mondoza, Don Chriſtoual de Moſcoſo y Cordoua, Don Diego de Arce Reynoſo, Don Gregorio Lopez de Mendiçabal. Y en remiſsion por los ſeñores Dõ Iuan Baptiſta de la Rea, Don Diego de Ribera Bañez, don Ioſeph Vela, Don Franciſco de Solis y Ouando. Y en ſegunda remiſsion por los ſeñores Don Tomas Bañez de Ribera, Dõ Iuan de Santelizes y Gueuara, Iuan Suarez, Don Marcos Tamariz de la Eſcalera.

En Granada, por Iuan Serrano de Vargas, en la calle de Abenamar, Año de 1632.



N eſte pleyto ſe ha eſcrito, y del hecho del ay memorial ajuſtado, con que ſe omite el refeferirle, y breuemente para que conſte de la clara juſticia de dõ Pedro Fernandez de Vlloa, ſe fundarán tres articulos. En el primero, que con las omiſsiones, y coluſiones de que conſta por el memorial, no le puede obſtar la coſa juzgada, de q̃ opone don Iuan de Oualle, y q̃ aunque don Pedro huuiera cedido ſu derecho en don Ioſeph ſu hijo, es parte para ſeguir eſte pleyto. En el ſegundo ſe prouara, q̃ los cortijos de Guadahortuna, y Montegicar, ſon bienes de vinculo, por la eſcritura de ſiete de Dizienbre, de 1507. años, y que eſta es legitima, y verdadera, que el vinculo, y aſignacion de bienes en el contenida, fue irreuocable, y q̃ con ſola ella quedaron los cortijos por de vinculo. En el tercero, que ſiendo los bienes de vinculo y mayorazgo, no ſe puede valer la parte de dõ Iuan de preſcripcion.

I. ARTICVLVS.

1 ¶ Quando ſe vio el pleyto ſobre mandar reſpõder a aquella parte, ſe prouaron baſtantemente las omiſſiones, negligencias, y coluſiones que auia auido en la proſecucion deſta cauſa, por los anteceſſores de don Pedro: y no dudamos que ſin embargo de eſtar vencida la dicha excepcion de coſa juzgada, en fuerça de dilatoria ſe puede oponer, como ſe opone en fuerça de peremptoria, latè Signorolus, conſi. 27. Maſtrilus, deciſ. 148. n. 33. & 34. pero tãbien es ſin duda q̃ para ſer aſsi miſmo vencida la dicha coſa juzgada, en fuerça de peremptoria, ay coluſion, y negligencia manifieſtas, y es baſtante coluſion el que el litigante ayude la cauſa del contrario, Bald. l. 1. §. 1. ff. ſi quis omiſſa cauſa teſtamẽti, Nata, cõſ. 537. nu. 31. verſic. Probatur colluſsio eſtà nace de auer Diego Fernandez de Vlloa abuelo del litigante, redupli cado

Excepcion de cosa juzgada venida en fuerça dilatoria se puede opponer en fuerça de peremptoria

gado en el pleyto, a fol. 74. la escritura original que tenia presentada, de que nacio poner la dificultad sobre si era falsa, o no.

2 ¶ Demas desta es omission notoria, no auer presentado el testamento de Pedro Fernandez de Vlloa, primero llamado, por el qual consta que conociendo, q̃ no se auian podido vender las tierras de Montegicar, manda a su hijo el tercio y quinto de sus bienes, con condicion que en razon de las dichas tierras vendidas no demande cosa alguna: y es assimismo colussion, siendo el pleyto sobre si las dichas tierras eran de vinculo, o no, y auer tenido carta executoria, en que las casas, y heredamiento del Aldeguela, se declarauan por de vinculo, por virtud de la dicha escritura del año de 507. no se presento esta carta executoria autorizada, y ay otras muchas cosas, y porque qualquiera destas basta para estar en el caso de la l. ex contractu, ff. de reiudicata, ibi: *Nisi culpa tutoris*, y de la l. si seruus plurium, §. si quis ante delegatis 1. ibi: *Vel minus plené causam defendit*; no referimos otras muchas por no ser necessario.

3 ¶ Pero es regla cierta, que auiendo omissiones, o colusiones, y negligencias, lo actuado, ni las sentencias no dañan a los sucessores en los bienes de mayorazgo, vt ex dictis iuribus, & ex l. a sententia, l. si perlusoria, ff. de appellationibus, tradunt Bart. & DD. communiter in dictis locis, D. Molina, lib. 4. cap. 8. num. 6. Pinelus, l. 1. part. 3. num. 50. C. de bonis maternis, Hieronymus Ceballos, q. 636. Marius Giurba, decis. 1. nu. 15. P. Molina, disput. 647. tract. 2. Mieres, in opere nouissimo, 4. part. quæst. 14. Iuan Baptista Valençuela, consi. 63. nu. 23. D. Paz, de tenuta, cap. 43. num. 1. Fussarius, de substitutionibus, q. 622. D. Castillo, tom. 6. cap. 157. per totum, D. Perez de Lara, in compendio vitæ hominis, capit. 20. à num. 54. Salgado, 4. part. cap. 8. num. 334. & num. 337.

4 ¶ En quanto a si puede obstar a don Pedro Fernandez de Vlloa, la cesion hecha en su hijo, para ser parte de proseguir este pleyto, o no, como V.S. y estos

señores

señores mejor saben, se respõde q̃ no obsta, porq̃ sin embargo dela cessiõ q̃dan las acciones directas enel cedẽte, cum omni proprietate, vt probat Paulus, & Iason, in l. 3. C. de nouationibus, & ibi glosa celebris, verbo, mandauerit, & resoluit Barbosa, in l. si alienam, num. 64 ff. soluto matrimonio, Melchor Febus, decis. 20. num. 2. de mas de que ya esta presentada en el pleyto otra escritura de retrocessión del derecho que don Ioseph podia tener (por virtud de la dicha cession) en su padre.

II. ARTICVLVS.

5 ¶ Que estas tierras sobre que se litiga sean del vinculo y mayorazgo que instituyeron Diego Fernandez de Vlloa, y doña Ana de Aranda su muger, en siete de Diziembre del dicho año de 1507. y las mismas tierras sobre que se litiga, no se duda en quanto a ser las cõtenidas en la dicha escritura: lo en q̃ se pone la duda es, si la dicha escritura de donaciõ fue de vinculo, porq̃ pretẽde aquella parte, q̃ es falso y supuesto lo q̃ esta a la margen en el protocolo de la dicha escritura, ibi: *Los quales dichos bienes de tercio y quinto, los aya y tenga con vinculo de mayorazgo, y que suceda en sus descendientes de mayor en mayor, y aya el dicho tercio y quinto en los heredamientos que nos auemos, y tenemos en Montegicar, y Guadahortuna, con la casa y fortaleza en lo que alcançare el dicho tercio y quinto.*

6 ¶ Cierto es, por la inspecciõ de la misma escritura de protocolo, q̃ la letra desta margẽ en la forma y color de la tinta, tiene vna misma semejãça cõ las del cuerpo de la escritura, para que se excluya sospecha de falsedad, ad ea quæ tradit Sesse, decis. 118. & 119. y cierto es q̃ esto està saluado antes de las firmas, y euidente que al dicho tiempo no era cosa que le estaua bien al primer llamado, el que se le dexasse por vinculo, y mejor le estaua que los bienes de la donacion fueran libres, con lo qual no se puede presumir que el lo añadiesse, porque entonces se presume la falsedad, quando della resulta cõmodo, l. 2. §. Diu' Adrian', ff. de iure fisci, ibi: *Ei nocitura*

cui

cui prodeſſe, l. 2. §. idem labeo, verſi. Si autem neceſſe no fit, ff. ne quid in loco publico, Petrus Surdus, conſi. 512. a num. 4. Farinatius, q. 153. a nu. 204. & nu. 209. tract. de falſitate.

7 ¶ Aſsimiſmo para excluyr la dicha falſedad ſe ha de aduertir, que de la inſpeccion del miſmo libro del protocolo, *conſta que ay en el otras eſcrituras con clauſulas entre renglones, y al margen*, y tambien parece que eſta eſcritura, y las demas, ſolo tienen firma del otorgante, y no del eſcriuano y para que ſe excluya qualquiera preſuncion de falſedad contra ella, es hecho conſtante, que antes que ſe intentara eſte pleyto por Diego Fernandez de Vlloa, ſe auia vſado deſta eſcritura quatro vezes en juyzio. La primera quando en virtud della ſe tomò poſſeſsion del cortijo de Cotilfa, en 21. de Iulio de 1510. fol. 94 y 95.

8 ¶. La ſegunda, ſe preſentó en el pleyto que trataua Diego Fernandez de Vlloa, con doña Catalina de Quintana y conſortes, fol. 86. y 87. del Rollo, y acaba en el 90.

9 ¶ La tercera quando murio doña Ana de Aranda, que la preſentô Pedro Fernandez de Vlloa con la ratificació de la miſma doña Ana, y demas autos a fol. 99. y tambien en Arjona da fee el eſcriuano, que Fernando de la Chica, perſona que lleuó la dicha requiſitoria con poder de Pedro Fernandez de Vlloa, la preſentò có las dichas eſcrituras.

10 ¶ La quarta, quando ſe preſentò en el pleyto q̃ Diego Fernandez de Vlloa tratô con ſus hermanos, deſde el año de 1567. por ſentencias de viſta y reuiſta le mandan, en virtud deſta eſcritura de donacion, vinculo y mayorazgo, que aſsi miſmo vaya inſerta en la executoria, ſe le dè la heredad del Aldeguela, y las caſas de la collacion de ſan Iuan, por quenta del dho tercio y quinto vinculado, y en los precios que fueron taſſadas en las particiones, y oy ſe poſſeé eſtos bienes por de vinculo y mayorazgo, a titulo deſta eſcritura, que eſtò baſta para que ſe tenga por verdadera y firme, *y que ſe excluya qual-*

quiera

quiera presuncion de falsedad, con auerse autorizado en juyzio, vt aduertunt Craueta, & Folerius, quos sequitur Iulius Scarlatinus, 1. tom. consi. crim. consi. 117. vol. 1. Cagnolus, in authentica, si quis in aliquo documento, n. 71. versi. Similiter, C. de ędendo, Paris. consi. 104. num. 53. & 54. lib. 1. Mascard. concl. 711. nu. 89. & probatur per textum in l. cum quidam, C. de fide instrumentorum, cap. cum inter vos de sententia, & re iudicata, est elegans Bald. consi. 401. lib. 5. nume. 9. *Vbi quod instrumenta per sententiam & obseruationem partium transeunt in perpetuam fidem*, Farinat. de falsitate, q. 153. num. 227. & 228. por que la obseruancia, y antiguedad de tiempo autoriza los instrumentos, Alexand. Ludouic. 469. num. 5. Gratian. tom. 5. cap. 951. num. 8. & 9. D. Castillo, capi. 93. §. 7. a num. 3. tom. 5. Riccius, colect. 2353. par. 6.

11 ¶ No obsta dezir, que despues quando se compulso esta escritura segunda vez se sacò con la apostilla en la margen, como estaua en su protocolo, y que desta forma no se auia sacado en la escritura original, de què dizẽ resultar ser falsa, y sacada como no se deue. Porquè a esto se responde facilissimamente, con la diferencia q̃ ay en las escrituras, y forma dellas, en hazerlas, y exemplarlas: porque ay quatro maneras, vna es la notula matriz y aprissia; y otra el protocolo, o registro; y otra la escritura original que se dá a las partes; y otra los traslados que desta se sacan, o del protocolo, perdidos los originales, vt latè distinguit D. Couarr. pract. cap. 19. & capit. 21. Farinat. q. 153. part. 8. à numer. 133. ad 144. & q. 154. part. 3. num. 28. & num. 34. cum seq. Fontanel. to. 2. clau. 13. glos. vnica per totam, & á num. 13. cum seq. y doctissimamente el señor don Ioseph Vela in repetitione, cap. 1. de fide instrumentorum, num. 4. & num. 8. cum seq.

12 ¶ Y es de aduertir, que del protocolo, *in quo notarius post rogatum, & stipulatum instrumentum in prima notula cætera, & abreuiata illud re digit inmundum*, se saca el original, *& partibus interesse habẽtibus datur a notario in publicam formam*, y porque este no se puede dar mas de

vna

vna vez a cada parte, vt probat text. in l. cum plures, ff. de bonis authoritate iudicum posſidendis, ibi: *Et ait labeo amplius quam ſemel non eſſe concedendam*, Paulus de Caſtro, in l. Sempronius proculo, de legatis 2. Fótanela, tom. 2. clauſ. 13. d. gloſ. vnica, num. 20.

13 ¶ Fue forçoſo auiendoſe dado ya el original, copiar el traslado del protocolo, y como no auia paſſado ante el eſcriuano que copio la eſcritura que dio motiuo a la ſoſpecha, pareciole juſto aduertir que aquella eſcritura en ſu protocolo tenia à la margen lo referido, y ſi bien no era neceſſario no hizo mal ſu oficio en ſuſtancia, pero el miſmo eſcriuano primero, que dio el original, y ante quien auia paſſado, y de ſu mano ſe auia eſcrito en el protocolo y regiſtro, no ſolo el contexto de la eſcritura, ſino tambien la adicion y apoſtilla, no tuuo obligacion de ſacarla a la margen, ſino de eſcriuirla y ponerla en el contexto de la eſcritura en ſu lugar, y darla en limpio firmada y ſignada, como la dio (eſcrita en pergamino como ſe acoſtumbraua entonces) y eſto es conforme a derecho, porque de ordinario en el portocolo ſuele auer muchas enmiendas, y teſtaduras, y adiciones, y por eſto no ſe puede preſentar en juyzio, ni haze fee, ſino el traſunto y original que della ſe ſaca, ſin enmiendas, ni teſtaduras, ni adiciones, vt probat textus in l. contractus, C. de fide inſtrumentorum, & reſoluit Maſcardus, concl. 4. à num. 13. *Quia quando apoſtilla eſt de manu eiuſdem notarij qui contextum inſtrumenti ſcripſit fides, eſt adhibenda ei apoſtillæ ſicut; & contextui*, vt docet Baldus, in l. labeo, §. 1. de pactis, & in l. noſtram, C. de teſtamentis, & in rubrica, C. de fide inſtrumentorum, verſic. Modo hic incidit queſtio, & Paulus de Caſtro, conſi. 131. lib. 2. colum. 2. Alexand. conſi. 54. nu. 5. & cóſ. 147. num. 11. lib. 2. particularmente eſtando ſaluada la adicion, ſegun es expreſſa la ley del Reyno 13. tit. 25. lib. 4. verſi. Y ſi en leyendo la dicha nota.

14 ¶ Y quando digamos contra la doctrina de Cino, y del ſeñor don Franciſco Sarmiento, *quod probat protocolum ſi eſt impletum, & abſolutum*, en la forma de nueſtras

tras leyes Reales 12. y 13. tit. 25. lib. 4. como elegantemente resuelue el señor don Ioseph Vela, nu. 9. & 10. vbi supra, por lo menos queda prouado, que el escriuano que dI el original, no tiene necessidad de sacar las enmiendas en la forma que lo estan en el protocolo, y consequentemente que la escritura no padece sospecha alguna de falsedad, y estamos en el caso del cap. 1. de fide instrumentorum, ibi: *Si scripturam authenticam non videmus ad exemplaria nihil facere possumus*, porque en el nuestro ay el protocolo y registro, y la escritura original, y el traslado, y en todos ay vnas mismas palabras: el primero, con sus enmiendas: el segundo, y original signado, y sacado en limpio, como deuia el escriuano ante quien auia passado el tercero, traslado copiado del protocolo con la dicha aduertencia de que en el protocolo estaua en la dicha forma. Menos obsta a la fidelidad, y legalidad desta escritura, el pretender la parte contraria q̃ en el protocolo no està firmada del escriuano, porq̃ como consta del mismo libro de registros, todas las escrituras que estan en el se hallan en la misma forma, y el dicho año de 1507. no estaua hecha, ni publicada la l. 1. tit. 25. lib. 4. que se hizo y publicò en el año de 1525. que dispone firmen los escriuanos, y signen los dichos registros, y solo se obseruaua la forma de la l. 13. del mismo titulo, del año de 503. q̃ no reqria firma del escriuano sino de las partes, como esta en nuestra escritura, y conforme a lo dispuesto por la l. 12. del dicho tit. 25. lib. 4. vbi Azebedus, num. 11. basta que el escriuano al fin, o al principio del protocolo, afirme que aquellas escrituras han passado ante el.

15 ¶ Esto presupuesto, y que la dicha escritura de donacion es verdadera, y legitima, y hecha por contrato oneroso, como della consta, assi mismo ay en comprobacion de la dicha escritura, la que la dicha doña Antonia de Aranda otorgò despues, ante el mismo escriuano, en 17. de Março de 1510. refiriendo que la susodicha, y su marido hizieron donacion al dicho Pedro Fernandez de Vlloa, que estaua alli presente, para su casamiento

miento del cortijo de Cotilſa, y ſeſenta mil marauedis para comprar vna caſa, y aſsi miſmo la ſuſodicha le hizo donacion del tercio y quinto de todos ſus bienes, ſegun que mas largamente ſe contenia en la eſcritura de donacion que auia paſſado ante el preſente eſcriuano, y aſsi queriendo que ſe afirme la dicha donacion, *otorga q̃ la aprueua y ratifica como en ella ſe contiene*: de que reſultã dos coſas que hazẽ euidente y clara la juſticia deſta parte. La vna que es fuera de propoſito inferir, que pues en eſta eſcritura no hizo doña Ana de Aranda menciõ del vinculo, y de los bienes aſignados, que ſe induze ſer falſa la adicion marginal. Porque ſe ſatisfaze, que ſupueſto que eſta eſcritura era aprouacion, y ratificacion de la otra, y ſe referia a ella, no tenia neceſsidad de expreſſar en eſta lo que en la otra lo eſtaua, y ſi lo expreſſaua no auia a q̃ referirſe. La otra, q̃ ſupueſto que eſta eſcritura ſe referia a la del año de 507. es y ſe ha de entender vna miſma con ella, *quia relatum dicitur eſſe expreſſum in referẽte cum omnibus ſuis qualitatibus*, l. aſſe toto 77. de hæredibus inſtituendis, l. cum pater, 79. §. vicos delegatis 2. l. ait prætor, §. final de re iudicata, l. inſtitutio talis de conditionibus inſtitutionum, l. ſi ita ſcripſero 38. de conditionibus & demonſtrationibus, Menoch. conſi. 1. nume. 95. Surdus, conſi. 200. num. 5. lib. 2. Azeñedus, cõſ. 35. Stephanus Gratianus, tom. 1. cap. 28. nu. 32. & tom. 4. cap. 751. num. 3. Riccius, ſua praxi aurea reſolut. 165. num. 2. Barboſa, axioma. 201. D. Caſtillo, lib. 3. cap. 15. num. 38. & tom. 4. cap. 43. nu. 8.

16 ¶ Luego ſi fue la eſcritura, y la donacion todo vno, y ſin ſoſpecha de falſedad vna y otra, y en ellas ay mejoras de tercio y quinto, con aſignacion de bienes en los cortijos de Guadahortuna y Montegicar, y caſas, y heredamiento del Aldeguela, y con calidad de ſer vinculado el dicho tercio y quinto, juſtamente (para acabar de cũplirſe lo q̃ mõtã los dhos dos tercios y quintos de los donadores, por vna y otra eſcritura de 507. y 510) ſe piden los dichos cortijos de Montegicar, y Guadahortuna en que ſe aſigno la paga del dicho vinculo; que ſon los

C bienes

N. 9

bienes que possee el dicho don Rodrigo de Oualle.

17 ¶ Sin que pueda obstar el que estos cortijos se vnediessen, ni enagenassen, despues de muerto Diego Fernandez de Vlloa, por la dicha doña Ana de Aranda su muger, porque auiendo sido la dicha donacion irreuocable, asi por contrato entre viuos, ex l. perfecta donatio, C. de donationibus cum alijs, & quæ latè tradit Rodericus Suarez, allegat. 15. num. 4. como por auer sido por causa onerosa de matrimonio, ex l. 17. & 44. Tauri, no se pudo reuocar con ninguna reuocacion expressa, ni tacita de enagenacion de bienes, Tello Fernandez l. 17. Tauri, num. 120. ad 127. Azeuedus, l. 3. tit. 6. lib. 5. num. 2. Gutierrez 2. pract. q. 56. num. 4.

Præcipuè, que la dicha donacion fue irreuocable, por que el matrimonio se siguio, Stephanus Gratianus to. 1. cap. 96. & latissimè D. D. Ioannes del Castillo, tom. 6. cap. 119. per totum, & nu. 33. & 37.

18 ¶ Y fue asi mismo irreuocable, porque Diego Fernandez de Vlloa fundador, murio con la dicha dispo sicion, sin que tacita, ni expressamente la alterase, Vicentius de Franchis, decis. 339. Thesaurus, decis. 70. n. 9.

19 ¶ Fue irreuocable por la aceptacion y presencia del primero llamado, D. Molina, lib. 4. cap. 2. num. 36. & 73. & nu. 75. & 76. *Vbi quod sufficit tacita acceptatio*, por la presencia y asistencia, Palacios Rubios, de donationibus inter §. 54. num. fin. Dueñas, regul. 216. Gutierrez, 2. pract. q. 52. Azebedus, l. 11. tit. 6. lib. 5. nume. 19. Abendaños, in capitibus, 2. part. cap. 1. num. 4. & 5. D. Castillo, tom. 6. cap. 152. num. 12. & 13. Morquechus, lib. 3. cap. 6. nu. 41. & 42. *Ita vt ex acceptatione primi vocati ad maioratum, & primogenium adquiratur ius omnibus in perpetuum vocatis*, D. Perez de Lara, d. compendio vitæ hominis, c. 30. n. 100.

20 ¶ Asi mismo fue irreuocable, porq̃ vsò della el dicho Pedro Fernandez de Vlloa, primero llamado, el año de 1510. tomando possession de parte destos bienes, ex Bald. in l. nec ambigui, C. de donationibus, Molina, d. lib. 4. cap. 2. num. 77. y basta para aceptacion vsar

de la

310

de la escritura, Surdus, consi.43.num.6. Menochius, de recuperanda, rem.15.num.119.que son los actos tacitos que dize bastar, D.Castillo, d.cap.152.nu.12. y fue irreuocable, por el pacto que tiene de no reuocar, D.Molina, lib.4.cap.2.ex num.40.& 45.Sesse, decis.24.Valẽçuela, cons.63.num.34.& latissimè, auiendo este pacto aun quando no huuiera causa onerosa, ni huuiera interuenido alguna delas calidades de la l.17.y 44.de Toro: que la escritura quede irreuocable, con solo el pacto de no reuocar, fortiter defendit D.Castillo, tom.5.cap.80. in adidtione fol. mihi 147.& ca.109.num.18.in fine, & num.19.& tom.6.cap.119.num.34.& 35. n.º 12.

21 ¶ Siendo la dicha donacion por via de vinculo y mayorazgo irreuocable, como esta prouado, y perfeta todo lo en ella contenido lo quedó, y ni el primer llamado, ni los siguientes pudieron perjudicar a los sucessores D.Casti. lib.3.c.10.n.8.mayormente auiendo sido ajustadas, y conforme a derecho las cosas que los donadores dispusieron como es mejora de tercio y quinto, sin grauar legitimas conforme a la l.27.de Toro, y asignar, y señalar bienes en que se pagasse esta mejora, cõforme a las leyes 19.y 20. de Toro, y asi si pudieron asignar bienes, y el cõtrato en q̃ se asigno fue irreuocable, la asignacion de bienes lo quedó tambien, D.Molina, lib.4.ca. 4.num.11. particularmente auiendo sido en vna misma escritura la mejora, y la asignacion, D.Castillo, lib.3.ca. 10.num.8.& lib.4.cap.35.num.61.& seqq.y no se puede mudar, ni ponerse otros bienes en lugar de los asignados, aunque el mayorazgo sea de tercio y quinto D.Castillo, vbi sup.d.cap.10.num.8.Mieres, 2.part.cap.26.n. 10.y que quando la donacion fue irreuocable por causa onerosa, lo quede tambien la asignacion vltra citatos, resoluit etiam Angulus, l.3.titu.6.lib.5.recop.glo.n.1.7. fol.272.273. n.º 13.

La dificultad no es esta, ni si se presume, o no, que los bienes asignados, exceden el tercio y quinto, ad cons.39 num.16.Burgos de Paz, & quæ tradit Mieres, part.1.q. 52.nu.32.& 33. porque en nuestro caso es cosa cierta

por el pleyto, *que todos los bienes asignados caben en el tercio y quinto*, porque por las particiones presentadas, que se hizieron por fin y muerte del dicho Diego Fernãdez de Vlloa, fundador, e inuentario de los bienes de doña Ana de Aranda, consta que el tercio y quinto del dicho Diego Fernandez de Vlloa, monta 295U287. marauedis, y el de la dicha doña Ana 369U003. marauedis, que ambos a dos tercios y quintos, montan 638U900. marauedis, y las dichas tierras de Guadahortuna y Montegicar, montaron conforme a los aprecios hechos en la dicha particion 524U470. marauedis, por manera que aũ no llegan a los dichos tercios y quintos, con 114U. marauedis, que para estos tiene por bienes deste vinculo y mayorazgo caualmente esta parte lo que le faltaua, que sõ las casas, y heredamiento del Aldeguela, que se tassò en 115U. marauedis, que fue lo que se declaró por la executoria, y sentencias de vista y reuista del año de 582. y parece cosa rigurosa y terrible, que por vna parte en virtud destas dichas fundaciones estè executoriado, que los heredamientos de la Aldeguela son de vinculo y mayorazgo, y por otra parte quiera la contraria, que los bienes asignados para el vinculo se den por libres.

22 ¶ Està pues la dificultad, en si para que este vinculo, y mayorazgo, y bienes del (ya que fue irreuocable lo quedasse tambien en los bienes asignados) *bastò solo la asignacion, y destinacion de bienes en los dichos cortijos de Guadahortuna, y Montegiçar, o fue necessario que la particiõ se hiziesse, y que estos bienes asignados se huuiessen entregado al primero llamado*, por dezir que queda pendiente del futuro euento, de si caben, o no las mejoras en los bienes asignados para suplirse el tercio y quinto, o menguarse los bienes asignados a sola la cantidad del, Gutierrez, libr. 2. pract. quęst. 56. num. 3. Ceuallos, 4. tom. q. 904. num. 82.

23 ¶ A lo qual se satisfaze, con que quando dixessemos que estaua pendiente del futuro euento alguna cosa, esto no era, ni podia ser para dexar de hazer los pagos de los quintos de las mejoras, en los bienes asignados

dos

dos, conforme a la dicha l. 20. de Toro, sino solo para el efecto de suplirse la mejora si los bienes valiessen menos, o baxarse de los bienes a la cantidad de la mejora su mayor valor, Ceuallos, d. q. 904. num. 82. ibi: *Ex quibus venit intelligenda, l. 20. Tauri, vbi præcisse in re destinata, & designata pro melioratione tertij & quinti facienda est solutio, & non in alijs rebus, vt tradit Angulo de meliorationibus, l. 3. glos. 3. num. 2. vbi Matienço, glos. 3. tit. 6. libr. 5. recopilationis, & si res fuerint maioris valoris in omnibus pro rata est designatio facienda*, D. Castillo, lib 4. cap. 54. nu. 33. ibi. *Cæterum contrariam sententiam affirmatiuam, quod scilicet suppletio fieri debeat ad valorem tertij & quinti sicut econtra resecari, id in quo tertium & quintum res assignata excederet rectius definiuit Senatus.*

24 ¶ Con lo qual cessa la dificultad propuesta, y es llano que para la irreuocabilidad de la donacion, no fue necessaria la particion de bienes, y que se hiziera entrega dellos al primer llamado en los assignados, ni para que la assignacion quedasse irreuocable, y el vinculo en ella, porque precissamente se auia de hazer la particion en los dichos bienes assignados, y el no hazesse en ellos *no perjudicó a los siguientes sucessores*, ni se puede dezir que la destinacion non habetur pro facto, porque en nuestros proprios terminos que la destinacion de algunas cosas para mayorazgo sea verdadero hecho quando no solo se hizo destinacion, sino se acabo y hizo el mayorazgo, resoluit D. Castillo, tom. 5. cap. 62. num. 79. & 80 ibi: *Ita pariter destinatio aliquarum rerum ad maioratum faciendum non efficit maioratum, Pelaez de Mieres, de maioratu, 1. p. q. 10. nu. 61. vbi inquit quod siquis destinauerit aliquas res ad aliquem maioratum faciendum si tamen non constuerit nec ad effectum perduxerit, non videtur facere maioratum* pero auiendole hecho perficionado, y assignado bienes, no es dubitable ser mas que destinacion, y que conforme a la l. 20. de Toro, & quæ ibi tradit Palacios Rubios, nu. 10. no se pudo hazer la paga en otros bienes que los assignados, latè Angulo, de meliorationibus, d. l. 3. glo. 1. per totam, fol. mihi 270. ad 276. Gratianus, tom. 5. ca. 914. nu. 32. & 33.

25 ¶ Esto particularmente quando los bienes recib en comoda diuision, Anton.Gom.l.20.Tauri,nu.3. ibi: *Hodie tamen per nostram legem hoc est immutatum, quia quando bona recipiunt commodam diuissionem, non possunt alij hæredes soluere meliorationem tertij nec quinti in stimatione, vel pecunia, nec in aliqua re vel rebus certis, sed in ipsa re assignata per testatorem:* y si esto es en la mejora simple, en la de calidad de vinculo claro està que el primero llamado, pues todos los demas tienen derecho, no podra perjudicar a los siguientes, y qualquiera le tendra para pedir la paga en los dichos bienes asignados, como lo pide don Pedro Fernandez de Vlloa.

26 ¶ Y en nuestros proprios terminos, que tantũ absit, que sea necessario se haga particion de bienes en los mismos asignados, para que adquiera a ellos derecho el hijo mejorado, y sus descendientes, que la verdad es, y doctrina textual, y juridica, que aunque en la particion se le den otros bienes, no puede esto perjudicar al vinculo y fideicommisso, ni el consentimiento del primer llamado ser bastante a los siguientes sucessores, vt est textus expressus in l.qui Romę 122.§.duo fratres, de verborum obligationibus, & ibi Crotus, in repetitione diuersorũ, fol.491.2.p.ff.noui, y es menos dubitable en terminos de nuestra l.20.de Toro, & ita tenet Rodericus Suarez, in l.quoniam in proribus, limit.5. Valascus, de partitionibus, cap.20.num.25.& 26.y no obstante la decision 48.de Antonio Gamma, y diuersos entendimientos que tiene, y se le pueden dar, y que hablò en comunidad de bienes, porque en Portugal todos lo son, aũque sean del capital del marido, o muger, y que en el caso de aquella decision, no pudo la muger asignar bienes en perjuyzio del marido, para el tercio que dexo vinculado.

27 ¶ En nuestro pleyto es muy diferente, porq̃ los bienes los asignaron vno y otro donantes, y porque los padres pueden asignar en que bienes aya el hijo su mejora, y legitima, d.l.19.& d.l.20.de Toro, & l.3.titu. 6.lib.5.recop.vbi Matiençus, & Azeuedus: y en quãto

excedieſſe la aſsignacion de los bienes del tercio y quinto, tambien es comun reſolucion que la puede hazer el padre para la legitima, Ripa, in l. in quartam nu. 128. ff. ad l. falcidiam, ibi: *Secundo caſu omnes conſentiunt quod pater poßit filio aſsignare legitimam in vno vel pluribus corporibus hæreditarijs*, Menoc. lib. 2. de arbitrarijs, caſ. 163. n. 1. D. Couarrub. in ca. Rainaldus, de teſtamentis, §. 2. n. 5. ibi: *Ex quo ipſe infero patrem poſſe portionem legitimam filio aſsignare in re certa*. Aluarus Valaſcus, de partitionibus, cap. 18. num. 13. y la particion hecha en otra forma, es nula, y no perjudica a los ſiguientes llamados, ni aunque los herederos lo quieran hazer por via de tranſacion puede valer, vt tradunt Rodericus Suarez, D. Valdes, D. Molina, & alij citati a Flores de Mena, in additionibus ad Gammam, d. deciſ. 48. dicens ſic: *Nota ſingularem deciſionem, ſcilicet quod ſi pater faciat maioratum in tertio bonorum, & aſsignet in certa re, poßunt heredes per viam tranſactionis eximere rem illam a vinculo, & ſubrogare aliã in periuditium vocatorum contra notata per Suarez in l. quoniam, 8. q. vbi Valdes, infinitos congerit, litera A. B. & C.* y citando otros concludit: *Quare exiſtimo deciſionem hanc penitus falſam & ſi ſingularem quia aufert ius ſuum tertijs non conſentientibus contra text. in l. fin. ff. de pactis.*

28 ¶ Sin que en nueſtro caſo tengamos que hazer diferencia *de legatario quotæ partis bonorum, vel quotæ partis hereditatis*, ad text. in l. non amplius, §. cum bonorum, ff. de legatis 1. & l. quoties, C. de heredibus inſtituẽdis, & l. ſi quis ſeruum, §. ſicui certam, cum lege ſequenti de legati 2. & l. bonorum 208. ff. de verborum ſignificatione, & quæ tradunt Spino de teſtamentis, gloſ. 9. nu. 26. D. Molina, lib. 1. cap. 10. num. 14. Parladorius, lib. 3. different. 146. Aluarus Valaſcus, de partitionibus, capit. 17. per totum, & cap. 18. a num. 19. & cap. 20. num. 25. & 26. & 27. & conſult. 110. vbi elegantiſsimè, & poſt eos Gaſpar Squifordegerus, ad Antonium Fabrum, lib. 3. tract. 27. q. 9. 10. & ſeqq. ni de diferencia, *quando maioratus eſt in quota bonorum, an ſit legatum vel inſtitutio*, de qua Stephanus Gratianus, tom. 4. cap. 771. num. 14. & 18.

Et quomodo in legato cotatiuo fiat traditio siue executio, ad l.plaucius, & l.lineam margaritarum, ff.ad l.falcidiam, Menoch. casu 165.à num.3.Peregrinus,art.3.num.26. Escobar,cap.30. num.4.porque como tenemos fundado, nuestro caso queda resuelto con que la mejora fue irreuocable, y la asignacion de bienes fue en la misma mejora, y que la paga no se pudo hazer en otros, ni el cõsentimiẽto del primer donatario, perjudicar a los siguiẽtes llamados.

29 ¶ Como tenemos arriba probado, estos bienes asignados cabian por el valor de su tassa, en lo que mõtaua la mejora de tercio y quinto, y asi no huuo euento alguno que considerarse para suplirse, o resacarse la mejora, con que por todos caminos se juzga auer quedado desde su principio perfeta, irreuocable, y precissa en los bienes asignados, ex his quæ tradit Ceuallos, d. q.904.n.82.

30 ¶ Y no obsta lo que sofisticamente se quiere cabilar, diziendo que son diferentes oraciones, y que la irreuocabilidad miro solamente a la mejora de tercio, y quinto, y no a la asignacion porque no es cierto, como consta de las dichas palabras de la escritura, ibi: *Los quales dichos bienes, &c.* ni tampoco obsta el dezir, que la escritura de vinculo dize, que el primer llamado tenga aquellos bienes por cosa suya propria, para hazer dellos lo que quisiere. Porque a esto se satisfaze, con que la donacion tuuo dos partes, vna que se hazia del cortijo de Cotilfa, y 60U maraucdis para vna casa, y la segunda parte fue las mejoras de tercio y quinto, y lo que vincularon fue solamente las mejoras, y esto se deue entender referendo singula singulis, que el cortijo de Cotilfa, y los 60U. marauedis, se posseyesse como cosa propria, y estos fuessen bienes libres, por la dicha donacion, y lo demas por bienes vinculados, donde está la asignacion, como se declara en la escritura.

III. AR-

III. ARTICVLVS.

31 ¶ Aunque la preſcripcion ſea de quarenta años con titulo quę equiparatur immemoriali, cap. 1. de preſ criptionibus, lib. 6. ca. cum perſonæ, §. quod ſi tales, eo. libro, Molina, lib. 2. cap. 9. num. 51. & 52. Gutierrez, lib. 1. practicar. quæſt. 86. num. 1. & per totam, Auendaños de cenſibus, ca. 8. num. 17. D. Paz, ad ll. ſtyli, l. 200. a numer. 44. & 45. Pater Molina, diſputat. 75. Barboſa, de pręſcriptione 30. vel 40. annorum in rubrica, nu. 399. & Dom. Caſtillo, tom. 5. capit. 93. §. 8. num. 11. ni aunque aya preſcripcion inmemorial, no cauſa, ni puede, legitima adquiſicion de los bienes de vinculo y mayorazgo, como ſon los ſobre que es eſte pleyto: y es la razon, porque como el vinculo y mayorazgo incluye diferentes lineas, tiempos, y perſonas, ſeria contra la ſubſtancia dela preſcripcion, el quererla formar en perjuyzio de los no nacidos, porque las diſpoſiciones condicionales, o que tienen dia en que ſe ſuſpende ſu efeto, nunca permiten que comience a correr en excluſion de los llamados haſta que llegue el caſo, y verdadera purificacion de ſu llamamiento, l. fin. §. ſed quia, C. communia delegatis, gloſ. in l. cum notiſsimè, §. illud, verbo, longe, per textum ibi, C. de præſcriptione 30. annorum, Antonius Nata, conſil. 437. nume. 5. & 6. Faquineus, lib. 7. controuerſiarum, cap. 12. Hypolitus Riminaldus, conſil. 33. numer. 142. vſque ad 147. y eſta regla la llama natural Baldo, in authentica niſi tricenale ante num. 1. verſicul. Sed quid decet, C. de bonis maternis, dicit eleganter Gomez l. 41. Tauri, num. 9. Oſaſcus, cõſil. 15. num. 38. & 47. *Vbi optime aduertit, quod in gradualibus fideicommiſsis initium præſcriptionis contra ſequentem vocatum nunquam oritur, niſi a morte præcedentis, & ſaltim reſpectu eorum qui nanati non ſunt fieri, non debet computatio temporis diuerſi, ſed omne illud deducendum eſt tanquam ſi nullo modo elapſum fuißet, ex quo fluit totalis impoſsibilitas abſolutæ præſcriptionis,* Riminaldus, conſil. 336. numer. 96. & 155. Mie-

 res

res, de maioratibus, 4. part. quæst. 21. ex numer. 6.

32 ¶ Y por esta razon, presupuesta la sucession, y ordē gradual de los llamados, q̄ no pueda auer lugar la prescripcion, etiam resoluit Peregrinus, consi. 28. nume. 10. volum. 1. Hieronymo Laurent. decis. 216. Intriglio-lus, de substitutionibus, centuria 3. q. 37. numer. 70. vsque ad 79. Iuan Baptista Vicemala, inter consilia feudalia diuersorum, consi. 1. nume. 99. Iuan Baptista Costa, de facti scientia, centuria 2. distinct. 77. Stephanus Gratianus, tom. 2. cap. 247. y por mas comun siguiendo al señor Luys de Molina, d. lib. 4. cap. 10. nume. 3. la sigue Ceuallos, in communibus, quæst. 13. num. 7. Matienços, l. 8. tit. 7. lib. 5. glos. 5. num. 23. & num. 27. y la missma resolucion sequitur D. Menchaca, de succesionum creatione, lib. 3. §. 26. num. 129. & 110. &. 131. & elegantissimè Pereira, decis. 52. pertotam, maximè a num. 13. y lo mismo es en la prescripcion de treynta, o quarenta años, como de cien años, o de mil, Salicetus, l. cum notissimi, §. in his, num. 24. C. de præscript. 30. annorum Hieronymus Gabriel, consi. 163. num. 17. volum. 1. Peregrinus, de fideicommissis, art. 41. numer. 16. & decis. 159. num. 22. Harman Pistor, *qui de immemoriali loquitur*, tom. 2. quæst. 8. num. 37. fol. 425. Mastrillus, decis. 105. num. 18. & 19. lib. 2. Suarez, in nostris maioratibus Hispaniæ, allegat. 3. num. 2. vsque ad finem, Gregorius, l. 10. colum. penultima, versic. Sit secundus casus, tit. 16. part. 4. & in verb. no le empece, versi. Similiter non obstat, consilium Socini, Auendaños, l. 41. Tauri, glo. 1. a numer. 3. & glos. 6. & 7. Flores de Mena, in additionibus ad Gammam, decis. 93. in fine.

33 ¶ Finalmente se dize, que quando bastara prescripcion inmemorial (ad tradita Per Pereiram, decis. 52. num. 13. in fine, & Dom. Castillo, dict. cap. 93. §. 8. a numer. 10.) en nuestro caso no ay tiempo para que pueda auer corrido hasta quando se puso la demanda, y por lo menos desde entonces se induze mala fee, *& impedit præscriptionem vsque ad millia millium*, Couarrubias, regula possessor, 2. part. §. 7. nume. 2. Alexander Raudensis,

I consi.

consi.2.num.17.volum.1.& consi.1.num.470.& 471. vol.2.Gratianus,tom.1.cap.2.numer.26. y porq̃ es la mas cierta resolucion, y la que siguio la Rota, que contra los no nacidos, *no es suficiente, ni lo fue el transcurso de ciento y sesenta años*, vt testatur Peregrinus, consi.28.libr. 1.num.17. que afirma auerse executado esta sentencia, con que viene a auer tres decisiones en fauor de los no nacidos; vna la que refiere Peregrino: otra la que refiere Menchaca: y otra la de la decision Abenoniense 216. y en Castilla ay otras decisiones, la de don Antonio de Luna sobre la villa de Ladrada: y la otra por el Marques de Velada contra don Diego de Auila, sobre Villatoro, que se confirmò por el Consejo, auiendo posseydo sus antecessores mas de treciẽtos años: y lo del Rey dõ Iuã de Portugal que refiere Raudense, consi.2.lib.1. & Paulus Parisius, consi.23.num.199.lib.1. Con lo qual parece que se deue declarar en fauor desta parte, reuocando la sentencia de vista. Salua, &c.

El Licenciado don Iuan Perez de Lara.